



# BUNDESPATENTGERICHT

27 W (pat) 553/18

(AktENZEICHEN)

## BESCHLUSS

In der Beschwerdesache

...

### betreffend die Markenmeldung 30 2017 022 208.4

hat der 27. Senat (Marken-Beschwerdesenat) des Bundespatentgerichts am 26. Juni 2019 durch die Vorsitzende Richterin Klante, den Richter Schwarz und die Richterin Lachenmayr-Nikolaou

beschlossen:

Die Beschwerde wird zurückgewiesen.

## Gründe

### I.

Der Beschwerdeführer hat die Darstellung



als Bildmarke für Waren und Dienstleistungen der Klassen 01, 03 bis 14, 16 bis 22, 24 bis 30, 32, 33, 35 bis 39, 41 bis 45 angemeldet.

Das Deutsche Patent- und Markenamt – Markenstelle für Klasse 41 - hat mit dem von einer Angehörigen des gehobenen Dienstes erlassenen Beschluss vom 27. August 2018 die Anmeldung teilweise für die Waren und Dienstleistungen

Klasse 03: Sonnenschutzmittel

Klasse 04: Duftkerzen; Kerzen für Beleuchtungszwecke; Nachtlichte [Kerzen];

Klasse 13: Abzeichen aus Edelmetall; Anhänger für Schlüsselringe; Anstecknadeln [Schmuckwaren]

Klasse 14: Armbänder [Schmuck]; Armbanduhren; Broschen [Schmuck]; Chronografen [Uhren]; Chronometer [Zeitmesser]; elektrische Uhren; Halsketten [Schmuck]; Ohrringe; Schmuckanhänger; Schmuckna-

deln; Schmuckwaren für Hüte; Schmuckwaren für Schuhe; Schmuckwaren; Juwelierwaren; Taschenuhren; Uhren

- Klasse 16: Anzeigekarten [Papeteriewaren]; Aufkleber, Stickers [Papeteriewaren]; Bierdeckel; Blöcke [Papier- und Schreibwaren]; Broschüren; Bücher; Fähnchen aus Papier; Fahnen aus Papier; Flyer; Füllfederhalter; geografische Karten; Glückwunschkarten; grafische Darstellungen; Handbücher; Kalender; Karten; Kataloge; Lehr- und Unterrichtsmittel [ausgenommen Apparate]; Notizbücher; Plakate aus Papier und Pappe; Plakate; Postkarten; Schreibetuis; Schreibgeräte; Schreibhefte; Schriften [Veröffentlichungen]; Tischdecken aus Papier; Untersetzer aus Papier
- Klasse 18: Einkaufstaschen; Geldbörsen; Handtasche; Sonnenschirme; Taschen
- Klasse 21: Bierkrug; Bürsten; Formen [Küchenartikel]; Isolierflaschen; Isoliergefäße für Getränke; Kaffeeservice [Tafelgeschirr]; Kannen und Krüge; Keksdosen; nicht elektrische Waffeleisen; Picknickkoffer [Geschirr]; Plätzchen-, Keksausstechformen; Schilder aus Porzellan oder Glas; Tassen; Teedosen; Teeservice [Tafelgeschirr]; Teller; Trinkflaschen für sportliche Aktivitäten; Trinkgefäße; Trinkgläser; Untertassen
- Klasse 24: Bettdecken; Bettwäsche; Fähnchen aus Stoff oder Kunststoff; Fahnen aus Stoff oder Kunststoff; Schlafsäcke; Tischdeckchen aus Stoff; Tischdecken, nicht aus Papier; Untersetzer aus Stoff
- Klasse 25: Bandanas [Tücher für Bekleidungszwecke]; Bekleidungsstücke; Fausthandschuhe; Gymnastikbekleidung; Halstücher; Handschuhe [Bekleidung]; Hausschuhe; Holzschuhe; Jacken; Joppen [weite Tuchjacken]; kurzärmelige Hemden; Leggings [Hosen]; Mützen; Mützen-schirme; Oberbekleidungsstücke; Sandalen; Schürzen [Bekleidung]; Skihandschuhe; Skischuhe; Socken; Stirnbänder [Bekleidung]; Sweater; Trikotkleidung; T-Shirts; Unterbekleidungsstücke; Unterwäsche

- Klasse 26: Abzeichen, nicht aus Edelmetall; Anstecker [Buttons]; Broschen [Kleidungszubehör]; Dekor-Flecke zum Aufbügeln für Textilien; Haarbänder; Haarspangen; Startnummern für Wettbewerbe, auch im Bergsport
- Klasse 27: Fußmatten;
- Klasse 28: Gesellschaftsspiele; Gymnastik- und Turngeräte; Kaleidoskop; Kartenspiele; Klettergurte [Sportartikel]; Kuscheltücher; Plüschspielzeug; Plüschtiere; Schneekugeln; Schneeschuhe; Skier; Snowboards; Spiele; Spielkarten; Spielzeug; Steigklemmen [Bergsteigerausrüstung]
- Klasse 29: Fruchtgelees; Fruchtsnacks; kandierte Früchte; kandierte Nüsse; Käse; Marmeladen
- Klasse 30: Eiscreme; Gebäck; feine Backwaren; Getränke auf der Basis von Tee; Getreideflocken; Getreidesnacks; Kaffee; Kaffeegetränke; Kekse; Kuchen; Marzipan; Müsli; nicht-medizinischer Kräutertee; proteinreiche Getreideriegel; Schokolade; Schokoladegetränke; Schokoladen-Brotaufstriche; Schokoladen-Brotaufstriche mit Nüssen; Tee
- Klasse 32: Alkoholfreie Erfrischungsgetränke; alkoholfreie Fruchtgetränke; alkoholfreie Fruchtnektare; alkoholfreie Getränke; alkoholfreie Getränke mit Kaffeearoma; alkoholfreie Getränke mit Teearoma; alkoholfreie Honiggetränke; Bier; Fruchtsäfte; isotonische Getränke; Limonaden; Mineralwässer [Getränke]; Sirupe für Getränke; Tafelwässer
- Klasse 33: Alkoholische Fruchtgetränke; alkoholische Getränke, ausgenommen Bier; alkoholische Mischgetränke, ausgenommen Biermischgetränke; Aperitifs; Schnaps; Weine

nach § 37 Abs. 1, § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG mangels Unterscheidungskraft, deren Mangel auch nicht nach § 8 Abs. 3 MarkenG überwunden sei, zurückgewiesen.

Zur Begründung ist ausgeführt: Die angemeldete Marke sei gemäß § 37 Abs. 1 MarkenG iVm. § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG zurückzuweisen, da ihr jegliche Unter-

scheidungskraft fehle. Denn nach den anerkannten Rechtsgrundsätzen handele es sich bei der angemeldeten Marke um eine unzweifelhaft erkennbare, versinnbildlichte zeichnerische Darstellung mit einfacher beschreibender Aussage, die sich zudem in vergleichbare Gestaltungen des einschlägigen Warensortiments einreihe. Wie bereits im Beanstandungsbescheid vom 05.10.2017 ausgeführt, stelle die angemeldete Bildmarke ohne weiteres erkennbar eine Edelweißblüte dar. Es sei eine der bekanntesten und symbolträchtigsten Alpenblumen. Laut einer Wikipedia-Recherche werde das Alpen-Edelweiß traditionell als Heilkraut genutzt und mit Milch und Honig gekocht gegen Bauchschmerzen verwendet. Zudem finde Edelweißextrakt in isotonischen, entzündungshemmenden Getränken Verwendung. Extrakte aus den Blättern des Alpen-Edelweiß fänden darüber hinaus auf Grund des hohen Gehaltes an Antioxidanzien Anwendung in der Kosmetik als Feuchtigkeitspflege und UV-Schutz für Anti-Aging Produkte und Sonnencremes. Edelweiß werde daher in den Schweizer Alpen landwirtschaftlich kultiviert und befinde sich auch als Zusatz in Bier, Tee und Likör. Diese Blüte, auch in stilisierter Form, stelle ein gängiges Motiv z.B. bei Strickmustern und Stempeln dar. Gerade in der Trachtenbekleidung oder Landhausausstattung sei das Edelweiß und besonders die Edelweißblüte in vielfältiger Gestaltung anzutreffen. Sogar Speisekarten, Plüschtiere, Tücher, Tapeten, Flugzeuge oder Taschenmesser usw. würden mit diesem Muster oder Bild geschmückt, so dass es nicht abwegig sei, dieses Motiv als Aufkleber (Sticker) und als Bild aufzuhängen oder irgendwo hin zu kleben. Auch dass die Darstellung stilisiert, verfremdet und keine fotografische Wiedergabe der Blüte sei, mindere ihren Aussagegehalt nicht. Die Variantenvielfalt dieses üblichen (Alpen-, Trachten-) Mustertyps mache deutlich und veranlasse dadurch noch mehr den Schluss, dass der Verkehr auch an diverse Anlehnungen an diese Musterung gewöhnt sei. Zudem liege es nahe, dass in Druckschriften und Büchern, die mit einer Edelweißdarstellung versehen seien, diese als Inhaltsangabe verstanden werde und nicht als Unternehmenskennzeichnung. Darüber hinaus könne Edelweiß als Bestandteil bzw. Extrakt in Waren wie bspw. „Sonnencreme, Alkohol, alkoholfreie Getränke“ ebenso wie in den Waren der Klassen 29 und 30 Verwendung finden. Einige der von der Zurückweisung betroffenen Waren

könnten auch die Form von Edelweißblüten aufweisen (z.B. Schokolade, Ohr-  
ringe), wie sich aus den dem Beanstandungsbescheid vom 05.10.2017 beigefüg-  
ten Fundstellen ergebe. Die hier angemeldete Edelweißdarstellung weise keine  
weiteren optisch oder farblich hervorstechenden Merkmale auf, die herkunftshin-  
weisend wirken könnten. Sie erschöpfe sich vielmehr in der Wiedergabe dessen,  
was auf diesem Warengbiet mit Alpenbezug als übliche Aufmachung und als  
Inhalts- bzw. Bestandteilsangabe anzusehen sei, wie es sich etwa auch in der  
Landhausausstattung, der entsprechenden Berichterstattung und Werbung hierzu  
ergebe. Die hier zu beurteilende typische Bilddarstellung einer Edelweißblüte hebe  
sich nicht von denen anderer stilisierter Edelweißblüten ab. Auch eine vom Be-  
schwerdeführer behauptete puristische und moderne Gestaltung des Edelweißes  
erweise sich in markenrechtlicher Hinsicht als ausgesprochen unauffällig und  
wenig prägnant. Damit enthalte die gewählte Grafik keine charakteristischen Merk-  
male, die sie anderen Darstellungen gegenüber unterscheidbar machen würde,  
die zur Zierde angebracht seien. Der Verkehr sei insoweit bereits an derartige  
Bilder gewöhnt, wie sich aus den dem Beanstandungsbescheid vom 05.10.2017  
beigefügten Auszügen ergebe. Damit fasse er die Darstellung nicht als marken-  
mäßige Kennzeichnung, sondern vielmehr als einen allgemeinen Hinweis auf  
Merkmale oder Inhalte der Waren auf. Schließlich sei es der Verkehr gewohnt,  
gerade in der Werbung ständig mit neuen Bildern konfrontiert zu werden, durch  
die ihm sachbezogene Informationen lediglich in einprägsamer Form übermittelt  
werden sollen. Die Vielfältigkeit der Verwendung solcher Stilmittel in der Werbe-  
grafik in immer wieder variierten Kombinationen zeige, dass der Verkehr in der  
konkreten grafischen Ausgestaltung der Anmeldemarke auch nur eine weitere  
Variation einer üblichen Werbegrafik erkennen werde. Eine derart klar verständli-  
che und beschreibende Angabe sei markenrechtlich jedoch nicht unterscheidungs-  
kräftig, weil der Verkehr sie nur in ihrem beschreibenden Sinn, nicht aber als Hin-  
weis auf die Herkunft der von der Zurückweisung betroffenen Waren aus einem  
ganz bestimmten Unternehmen auffasse. Der angemeldeten Marke fehle für diese  
Waren damit jegliche Unterscheidungskraft (§ 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG).

Auch die eingereichten Unterlagen vom 21.06.2018 zur Glaubhaftmachung einer verkehrsdurchgesetzten Marke, führten zu keiner Überwindung des Eintragungshindernisses einer fehlenden Unterscheidungskraft. Denn der Beschwerdeführer habe nicht glaubhaft gemacht, dass sich die angemeldete Darstellung gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG für die tenorierten Waren in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt habe. Sofern ein Anmelder die Verkehrsdurchsetzung geltend mache, habe er deren Voraussetzungen schlüssig darzulegen und zu belegen, da es sich insofern um eine Rechtsfolgebehauptung handele, die auf entsprechendes Tatsachenmaterial gestützt werden müsse. Die insoweit zunächst erforderliche Glaubhaftmachung verlange Angaben, aus denen sich ergebe, in welcher Form, für welche Waren/Dienstleistungen, von wem, in welchem Gebiet und Umfang sowie seit wann die angemeldete Marke im Verkehr nach Art einer Marke eingesetzt worden sei. Hierfür geeignete Belege seien insbesondere Kataloge, Preislisten, Werbematerial mit jeweiliger Auflagenzahl, Angaben über die bisher erzielten Umsätze oder Werbeaufwendungen, Bescheinigungen von einschlägigen Fachverbänden sowie Nutzern der betroffenen Waren und Dienstleistungen. Erst nach der erfolgten Anfangsglaubhaftmachung wäre eine Befragung durch ein entsprechendes Umfrageinstitut unter der Bevölkerung erforderlich. Obwohl er hierauf mit Schreiben vom 25.06.2018 aufmerksam gemacht worden sei. Hierfür geeignete Belege seien insbesondere Kataloge, Preislisten, Werbematerial mit jeweiliger Auflagenzahl, Angaben über die bisher erzielten Umsätze oder Werbeaufwendungen, Bescheinigungen von einschlägigen Fachverbänden sowie Nutzern der betroffenen Waren und Dienstleistungen. Erst nach der erfolgten Anfangsglaubhaftmachung wäre eine Befragung durch ein entsprechendes Umfrageinstitut unter der Bevölkerung erforderlich. Obwohl er hierauf mit Schreiben vom 14.07.2018 ohne Einreichung weiterer Unterlagen um Entscheidung nach Aktenlage gebeten.

Soweit sich der Anmelder auf eine Verkehrsdurchsetzung seiner Marke nach § 8 Abs 3 MarkenG berufe, fehle es an einem hinreichend schlüssigen Vortrag und an geeigneten Unterlagen, welche die Möglichkeit, dass sich die Marke in den beteiligten Verkehrskreisen durchgesetzt hat, hinreichend glaubhaft mache. Zwar

sei anzuerkennen, dass der Beschwerdeführer das Edelweißzeichen seit sehr vielen Jahren zur Kennzeichnung seiner Waren und Dienstleistungen verwende. Doch reiche die bloße allgemeine Bekanntheit einer als Marke aufgefassten Angabe für sich allein noch nicht aus, um eine Verkehrsdurchsetzung der Angabe als Marke anzunehmen. Vielmehr müsse nachgewiesen (und zunächst schlüssig dargetan) werden, dass der Verkehr diese Angabe in ausreichendem Umfang mit den angemeldeten Waren in Verbindung bringe. Anhaltspunkte dafür seien aus den bislang vorgelegten Unterlagen jedoch nicht zu erkennen. Insbesondere sei bereits nicht ersichtlich, dass das angemeldete Zeichen infolge der Benutzung für den Anmelder, den Deutschen Alpenverein e.V., bekannt sei oder sich bereits durchgesetzt habe. Die Verkehrsdurchsetzung müsse in den für die Waren maßgeblichen Verkehrskreisen nachgewiesen werden, worunter die Kreise zu verstehen seien, in denen das Zeichen Verwendung finden oder Auswirkungen haben könne. Bei den Waren „Bücher, Kataloge“ handele es sich bspw. um Massenkonsumartikel, die von fast allen Verbrauchern bei der Kaufentscheidung in Betracht gezogen würden. Damit zähle im vorliegenden Fall die Gesamtbevölkerung und nicht nur der Kreis der aktiven Bergsportler zu den beteiligten Verkehrskreisen. Einige der Unterlagen (Fotografien) ließen zwar erkennen, dass die angemeldete Bildmarke bspw. an Anhängern, Anstecknadeln, auf Plakaten und Büchern, Sonnenschirmen, Taschen, Tassen und Bekleidungsstücken aufgebracht worden sei. Jedoch werde die um Schutz nachsuchende Bildmarke fast durchgängig in Verbindung mit der Abkürzung „DAV“ verwendet. Gegenstand der Verkehrsdurchsetzung sei aber die Bildmarke in Alleinstellung. Des Weiteren sei eine Liste zur „Nutzung des Edelweiß-Zeichens in Zahlen“ zur Verwendung übersandt worden, aus der bspw. die Zahl ausgestellter Mitgliedsausweise des DAV (pro Jahr ca. 1,1 Mill.), die Stückzahl von Briefpapier mit Edelweiß (ca. 50 000 Stück), die Verkaufszahlen verschiedener Produkte mit Edelweißabbildung (im Jahr 2017) sowie die 105.607 Abonnenten (Stand Dez. 2017) der DAV Facebook-Seite und die Anzahl von Messe- und Museumsbesuchern (bei der Messe Outdoor und im Alpinen Museum) hervorgingen. Es fehlten jedoch Angaben, in welchem Umfang die Marke benutzt worden sei, also die Darlegung der in den



einzelnen letzten Jahren erzielten Umsätze nebst der Angabe der Absatzgebiete, sowie welche Werbung für die Marke im Laufe der Jahre erfolgt sei (Prospekte, Plakate, Werbungsschreiben, Inserate etc.) nebst substantiierten Angaben der jeweiligen Auflagenzahl und der in den einzelnen letzten Jahren aufgewendeten Werbungskosten. Letztendlich gäben die vorliegenden eingereichten Unterlagen keinen Aufschluss darüber, was für ein Marktanteil erreicht, mit welcher Intensität geworben sowie welche geografische Verbreitung und Dauer der Markenverwendung erreicht worden seien. Somit könne keine Verkehrsdurchsetzung zur Überwindung der Schutzhindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG festgestellt werden.

Da die angemeldete Bildmarke aus den vorgenannten Gründen für die zurückgewiesenen Waren gemäß § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG von der Eintragung ausgeschlossen sei, sei sie gemäß § 37 Abs.1 und 5 MarkenG teilweise zurückzuweisen. Ob darüber hinaus noch ein Freihaltebedürfnis im Sinne des § 8 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG an der Bezeichnung bestehe, könne bei dieser Sach- und Rechtslage dahinstehen.

Gegen diesen seinen Verfahrensbevollmächtigten am 3. September 2018 zugestellten Beschluss hat der Beschwerdeführer mit Telefax vom 1. Oktober 2018, beim Deutschen Patent- und Markenamt eingegangen am 2. Oktober 2018, Beschwerde unter Zahlung der Beschwerdegebühr eingelegt. Die Beschwerde hat er wie folgt begründet:

Mit Schriftsatz vom 21.06.2018 seien ausführlich Nachweise darüber erbracht worden, dass die beteiligten Verkehrskreise durch die Verwendung des Edelweißzeichens für die verschiedensten Waren sofort und ohne weiteres Nachdenken einen konkreten und direkten Bezug zwischen dem Edelweißzeichen und sämtlichen beanspruchten Waren oder Dienstleistungen herstellen könnten. Insoweit sei auf diesen Schriftsatz zu verweisen; dort fänden sich auch Zahlen zum Umfang der Verwendung des angemeldeten Edelweißzeichens. Insbesondere gelte, sofern nicht bereits das angemeldete Zeichen aus sich heraus unterscheidungskräftig

sei, dass gemäß § 8 Abs. 3 MarkenG die Eintragungshindernisse des § 8 Abs. 2 Nr. 1, 2 u. 3 MarkenG durch eine entsprechende Verkehrsdurchsetzung der Marke überwunden werden könnten. Dies setze voraus, dass das anzumeldende Zeichen als Marke benutzt werde und dass sich die angemeldete Marke für die angemeldeten Waren- und Dienstleistungen zugunsten des Anmelders im Verkehr durchgesetzt habe. Der Beschwerdeführer genieße eine überragende Bekanntheit unter den angesprochenen Verkehrskreisen. Es handele sich bei ihm um den größten Bergsportverein der Welt mit über 1,2 Millionen Mitgliedern, der seit dem Jahr 1869 mit aktuell 356 Sektionen in Deutschland existiere. Das Edelweißzeichen sei aber nicht nur im Kreis seiner Mitglieder überragend bekannt, sondern darüber hinaus. Das folge nicht zuletzt aus dem Umstand, dass der Anmelder das Edelweißzeichen seit rund 150 Jahren fortlaufend zur Kennzeichnung verschiedenster Waren und Dienstleistungen nutze, wie dies beispielhaft im Schriftsatz vom 21.06.2018, S. 2 bis einschl. 19, aufgeführt worden sei. Zudem unterscheide sich das Edelweißzeichen aufgrund seiner puristischen und modernen Gestaltung, insbesondere seiner Form, deutlich von anderen Edelweißzeichen. Vorgenannte Prinzipien gälten umso mehr, als dieses Jahr der Beschwerdeführer sein 150-jähriges Bestehen feiere und dieses Ereignis somit noch mehr in den Vordergrund rücke, als dies ohnehin schon der Fall ist.

Der Beschwerdeführer beantragt,

den Beschluss der Markenstelle für Klasse 41 des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 27.08.2018 betreffend die teilweise Zurückweisung der Markenmeldung 30 2017 022 208 aufzuheben.

## II.

A. Die Beschwerde, über die im schriftlichen Verfahren entschieden werden kann, da der Beschwerdeführer keinen (Hilfs-) Antrag auf mündliche Verhandlung ge-

stellt hat und auch der Senat eine solche nicht für sachdienlich erachtet, ist zwar nach §§ 66, 64 Abs. 6 MarkenG zulässig, erweist sich aber in der Sache als unbegründet. Zu Recht und mit zutreffender Begründung, der sich der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen anschließt, hat das Deutsche Patent- und Markenamt der angemeldeten Bezeichnung die Eintragung nach § 37 Abs. 1 i.V.m. § 8 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 MarkenG versagt. Die Beschwerdebegründung bietet für eine abweichende Beurteilung keinen Anlass.

1. Wie das Deutsche Patent- und Markenamt zutreffend festgestellt hat, fehlt der angemeldeten Darstellung die erforderliche Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG.

a) Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist für die Beurteilung, ob einer angemeldeten Bezeichnung die erforderliche Unterscheidungskraft fehlt, auf die Hauptfunktion einer Marke abzustellen; danach soll diese den Abnehmern die Ursprungsidentität der durch die Marke gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen garantieren, indem sie es ihnen ermöglicht, diese ohne Verwechslungsgefahr von Waren oder Dienstleistungen anderer Herkunft zu unterscheiden (vgl. zuletzt EuGH GRUR 2018, 917, 919 [Rdnr. 34] - Mitsubishi). Unter Berücksichtigung des Allgemeininteresses an der nicht ungerechtfertigten Einschränkung der Verfügbarkeit der angemeldeten Kennzeichnung für die anderen Wirtschaftsteilnehmer, die entsprechende Waren oder Dienstleistungen anbieten (vgl. EuGH GRUR 2004, 943, 944 [Rz. 26] - SAT.2), ist deshalb die Unterscheidungskraft einer angemeldeten Bezeichnung zu verneinen, wenn diese nicht geeignet ist, die Waren oder Dienstleistungen, für die die Eintragung beantragt wird, in der Anschauung ihrer durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen (vgl. EuGH GRUR 2003, 604, 607 [Rz. 46] – Libertel; GRUR 2004, 943, 944 [Rz. 24] – SAT.2) Abnehmer als von einem bestimmten Unternehmen stammend zu kennzeichnen und diese Waren und Dienstleistungen von denjenigen anderer Unternehmen zu unterscheiden (vgl. EuGH WRP 2002, 924, 930

[Rz. 35] – Philips/Remington; MarkenR 2003, 187, 190 [Rz. 41] - Gabelstapler; MarkenR 2005, 22, 25 f. [Rz. 33] - Das Prinzip der Bequemlichkeit).

b) Dies ist bei der vorliegend zu beurteilenden angemeldeten bildlichen Darstellung der Fall, weil es sich bei ihr ungeachtet der weiteren Frage, ob sie zumindest bei einem Teil der im Beschwerdeverfahren zu beurteilenden Waren und Dienstleistungen auch einen beschreibenden Begriffsinhalt hat (vgl. BGH GRUR 2001, 1151, 1153 – marktfrisch; GRUR 2003, 1050, 1051 – City-Service; BGH, GRUR 2001, 162, 163 m.w.N. – RATIONAL SOFTWARE CORPORATION), nur um ein schlichtes graphisches Gestaltungselement handelt, welches das Publikum, an das sich die beanspruchten Waren und Dienstleistungen richtet, nur als ornamentale, schmückende Form ansieht, ohne ihm zumindest gleichzeitig auch einen Hinweis auf die Herkunft der so gekennzeichneten Waren und Dienstleistungen aus einem bestimmten Unternehmen zu entnehmen (vgl. BGH GRUR 2000, 502, 503 – St. Pauli Girl; GRUR 2001, 734, 735 - Jeanshosentasche; HABM Mitt 2001, 273, 275 – M-förmige Steppnähte).

Die leicht abstrahierende Darstellung



wird das Publikum zwanglos als Darstellung einer Blume auffassen. Dabei spielt es keine Rolle, ob es hierin ein in stilisierter Form gezeichnetes Edelweiß wiedererkennt oder nicht. Denn Blumen sind ein geradezu klassische Mittel, um Waren und Dienstleistungen unterschiedlichster Hersteller und Anbieter werbend anzupreisen oder auszuschnücken. Begegnet das Publikum Blumendarstellungen, die sich wie die vorliegende an üblichen Gestaltungen anlehnt, ohne sich von diesen durch eine auffällige, ungewöhnliche Form hinreichend zu unterscheiden, wird es

daher stets in erster Linie - ohne dass es auf die Art der Waren oder Dienstleistungen ankommt, welche hiermit versehen sind - nur die (werbe-) übliche Ausschmückung sehen, ohne dass ihm damit – und sei es zumindest zugleich - der Gedanke kommt, dass hiermit auf ein bestimmtes Unternehmen hingewiesen werden soll, welches für die so angepriesenen oder ausgeschmückten Waren und Dienstleistungen die Produkt- bzw. Erbringungsverantwortung trägt. Insofern kann zur Vermeidung von Wiederholungen auf die ausführlichen Belegbeispiele verwiesen werden, welche das Deutsche Patent- und Markenamt seinem Beanstandungsbescheid vom 5. Oktober 2017 beigefügt hat und in denen hinreichend die Verwendung gerade auch des hier in Rede stehenden Edelweiß-Motivs als bloßes Ausstattungsmerkmal für Waren verschiedenster Hersteller mehr als deutlich nachgewiesen wurde. Einwände hiergegen hat der Beschwerdeführer weder in seiner Stellungnahme zum vorgenannten Beanstandungsbescheid des Deutschen Patent- und Markenamtes noch in seiner Beschwerdebegründung vorgebracht.

Im Ergebnis hat das Deutsche Patent- und Markenamt somit zutreffend das Schutzhindernis der mangelnden Unterscheidungskraft nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG festgestellt.

2. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers sind von ihm auch keine hinreichenden Umstände schlüssig vorgetragen worden, aufgrund derer die hinreichende Wahrscheinlichkeit bestünde, dass das bestehende Schutzhindernis nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG dadurch überwunden ist, dass sich das angemeldete Zeichen für Waren oder Dienstleistungen, für welche es angemeldet wurde, nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 MarkenG im Verkehr durchgesetzt hat. Hierfür reichen die pauschalen Behauptungen des Beschwerdeführers in seiner Stellungnahme im Schreiben vom 21. Juni 2018 auf den Beanstandungsbescheid des Deutschen Patent- und Markenamtes vom 5. Oktober 2017, auf welche er in seiner Beschwerdebegründung alleine Bezug nimmt, ohne hierzu weitere Angaben zu machen, nicht aus.

Dabei hängt nach allgemeiner Ansicht (vgl. allgemein hierzu und im Folgenden Schneider in: Kur/v. Bomhard/Albrecht, BeckOKMarkenR, 17. Edition, Stand 01.04.2019m § 8 Rn. 997; Ströbele in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, 12. Aufl., § 8 Rn. 710) die Feststellbarkeit der Verkehrsdurchsetzung, wie das Deutsche Patent- und Markenamt zutreffend ausgeführt hat, zunächst davon ab, dass der jeweilige Anmelder, der sich auf den Ausnahmetatbestand des § 8 Abs. 3 MarkenG ausdrücklich berufen muss, diese auf vorgelegtes und im Zweifel nachgewiesenes Tatsachenmaterial stützt; hierfür reichen bloß pauschale Behauptungen nicht aus. Zudem muss sich das im Rahmen dieser sog. Anfangsglaubhaftmachung beizubringende Material auf jede einzelne Ware oder Dienstleistung beziehen, für welche die Verkehrsdurchsetzung behauptet wird (vgl. Schneider in: Kur/v. Bomhard/Albrecht, BeckOKMarkenR, 17. Edition, Stand 01.04.2019m § 8 Rn. 1010; Ströbele in: Ströbele/Hacker/Thiering, 12. Aufl., § 8 Rn. 635 ff.), so dass ein Hinweis auf die bloße Bekanntheit des Zeichens für den jeweiligen Anmelder nicht ausreicht, weil sich hieraus keine Benutzung als Marke, d.h. keine Hinweisfunktion der Kennzeichnung gerade für bestimmte Waren oder Dienstleistungen auf einen bestimmten Anbieter, ergibt (vgl. Schneider in: Kur/v. Bomhard/Albrecht, BeckOKMarkenR, 17. Edition, Stand 01.04.2019 § 8 Rn. 1008; Ströbele in: Ströbele/Hacker/Thiering, 12. Aufl., § 8 Rn. 599 m.w.N.). Maßgeblich ist schließlich die Bekanntheit des Zeichens beim fraglichen Publikum, also bei allen Personen, an die sich die beanspruchten Waren und Dienstleistungen richten können (vgl. Schneider in: Kur/v. Bomhard/Albrecht, BeckOKMarkenR, 17. Edition, Stand 01.04.2019 § 8 Rn. 1012 ff.; Ströbele in: Ströbele/Hacker/Thiering, 12. Aufl., § 8 Rn. 655 ff.).

Nach diesen Grundsätzen liegt vorliegend die erforderliche Anfangsglaubhaftmachung erkennbar nicht vor.

Soweit der Beschwerdeführer in seiner Stellungnahme vom 21. Juni 2018, insbesondere auf den Seiten 2 bis 19, verschiedene Kennzeichnungen aufzeigt, bei denen die verfahrensgegenständliche Anmeldemarke neben dem Vereinsnamen

des Beschwerdeführers verwendet wird, ergibt sich hieraus schon im Ansatz kein Anhaltspunkt für eine Verkehrsdurchsetzung. Hieraus ist nicht ersichtlich, dass die Bilddarstellung, aus der die hier zu beurteilende Anmeldemarke alleine besteht, sich auch in Alleinstellung im Verkehr als Herkunftshinweis nur auf den Beschwerdeführer durchgesetzt haben soll. Vielmehr liegt es in diesen Fällen nahe, dass sich das Publikum hierzu nicht an der mit der Anmeldemarke identischen Grafik, sondern ausschließlich am Vereinsnamen des Beschwerdeführers orientiert.

Aber auch bei den Gegenständen, die in der bildlichen Wiedergabe im vorgenannten Schriftsatz allein eine mit der Anmeldemarke identische Grafik zeigen, lässt sich eine hinreichende Wahrscheinlichkeit, dass sich die Anmeldemarke bei den hier gezeigten konkreten Waren im Verkehr durchgesetzt habe, nicht herleiten. Denn selbst wenn unterstellt wird, dass die Anmeldemarke bei diesen Waren als Herkunftshinweis aufgefasst wird, sie also für diese Waren gerade als Marke – und nicht etwa als bloßes Ausstattungsmerkmal - benutzt und verstanden wird, lässt sich den Angaben des Beschwerdeführers über einen hinreichenden Umfang einer solchen Benutzung, der Anhaltspunkt für eine Bekanntheit als Marke sein könnte, nichts entnehmen. Soweit hierzu überhaupt Angaben erfolgt sind (vgl. die Seiten 17 bis 19 des Schriftsatzes vom 21. Juni 2018), handelt es sich um für den jeweiligen Warensektor sehr geringe Stückzahlen. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass sich die betreffenden Waren an die Gesamtbevölkerung richten, so dass das Gesamtpublikum, bei dem sich die angemeldete Darstellung als Marke durchgesetzt haben müsste, um eintragbar zu sein, auf rund 85 Millionen beläuft. Darüber hinaus ist auch das Gesamtumfeld der für die einzelnen Waren angebotenen Stückzahlen aller Hersteller zu berücksichtigen, weil nur auf diese Weise beurteilt werden kann, welche Präsenz die Anmeldemarke für jede einzelne Ware auf ihrem Gesamtmarkt hat. So ist beispielsweise eine Zahl von 50.000 Stück Briefpapier – unterstellt, es handele sich um Jahres-Stückzahlen, was den Ausführungen des Beschwerdeführers allerdings nicht zwingend entnommen werden kann – im Vergleich dazu, dass jährlich insgesamt mehrere Millionen hiervon insgesamt auf dem Markt angeboten werden, kaum noch aussagekräftig genug, um

eine Verkehrsdurchsetzung der Anmeldemarke auf diesem Warenssektor auch nur als möglich erscheinen zu lassen. Selbst die Zahl von 1,1 Mio. Mitgliedsausweisen, die pro Jahr „unterwegs“ sein sollen, reduziert sich in ihrer Bedeutung. Unterstellt, sie seien nur mit der Anmeldemarke versehen, die insoweit vom Publikum auch herkunftshinweisend verstanden wird, und unterstellt die Ausgabe der Mitgliedsausweise sei den angemeldeten Waren der Klasse 16 überhaupt zuordbar, so kann nur ein geringer Teil des insgesamt angesprochenen Gesamtpublikums die Anmeldemarke wahrnehmen. Ein Rückschluss dahingehend, die Anmeldemarke habe sich in der Gesamtbevölkerung als Hinweis auf die Herkunft bestimmter Waren der Klasse 16 aus einem bestimmten Unternehmen durchgesetzt, erscheint nicht einmal als möglich. Ähnliches gilt auch für die übrigen, auf den Seiten 2 bis 19 im Schriftsatz des Beschwerdeführers abgebildeten Waren.

Im Ergebnis hat daher das Deutsche Patent- und Markenamt zu Recht davon abgesehen, zur behaupteten Durchsetzung der Anmeldemarke im Verkehr weitere Ermittlungen anzustellen, sondern auch insoweit die Anmeldung zurückgewiesen.

3. Da die Markenstelle somit im Ergebnis der Anmeldemarke zutreffend die Eintragung wegen des Schutzhindernisses nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG versagt hat, war die Beschwerde zurückzuweisen.

B. Für eine Rückzahlung der Beschwerdegebühr nach § 71 Abs. 3 MarkenG besteht ebenso wenig Veranlassung wie für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 83 Abs 1 und 2 MarkenG.



**III.**

**Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diesen Beschluss steht den am Beschwerdeverfahren Beteiligten das Rechtsmittel der Rechtsbeschwerde zu. Da der Senat die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen hat, ist sie nur statthaft, wenn gerügt wird, dass

1. das beschließende Gericht nicht vorschriftsmäßig besetzt war,
2. bei dem Beschluss ein Richter mitgewirkt hat, der von der Ausübung des Richteramtes kraft Gesetzes ausgeschlossen oder wegen Besorgnis der Befangenheit mit Erfolg abgelehnt war,
3. einem Beteiligten das rechtliche Gehör versagt war,
4. ein Beteiligter im Verfahren nicht nach Vorschrift des Gesetzes vertreten war, sofern er nicht der Führung des Verfahrens ausdrücklich oder stillschweigend zugestimmt hat,
5. der Beschluss aufgrund einer mündlichen Verhandlung ergangen ist, bei der die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens verletzt worden sind, oder
6. der Beschluss nicht mit Gründen versehen ist.

Die Rechtsbeschwerde ist innerhalb eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Bundesgerichtshof, Herrenstr. 45 a, 76133 Karlsruhe, durch einen beim Bundesgerichtshof zugelassenen Rechtsanwalt als Bevollmächtigten schriftlich oder in elektronischer Form einzulegen.

Klante

Schwarz

Lachenmayr-Nikolaou